

新商法と会社法の考え方

中京大学法科大学院教授

池 野 千 白

はじめに

戦後の刑事訴訟法・民法の親族相続の「ひらがな」条文をスタートとして、戦前の漢字カタカナ条文から、漢字ひらがな混じり条文への道が始まった。しかし、条文のひらがな化は、単なる『カタカナ文字 ひらがな文字』という変換ではなく、内容の変更の象徴である。刑事訴訟法がそれまでの職権主義から当事者主義への法理念の変更であり、民法の親族・相続編は、戦前の家長制度から民主的家族へという法理念の変更であった。そして、時代の進展に合わせ、刑法、民事訴訟法、そして、民法と、条文のひらがな化が進んできたが、最後に残された六法典の一つが商法であった。

商法は、すでに、商法特例法において、その条文のひらがな化を進めてきていたのであり、文言的モデルは存在していた。また、その中の委員会等設置会社法において、会社法成立の目指すべき理念の断片も語られていた。民法財産編のような、いわば単なるひらがな化にとどまるものではなく（実質改正が紛れ込まされたと不満を募らせる研究者も少なくないが）、まさに実質的全面改正を行ったものが、今回の商法の改正および会社法の新設である。

今回の商法改正・会社法新設の指針の一つとして取り上げられるものに、『利用者のためのわかりやすさ⁽¹⁾』がある。しかし、わかりやすさは、『カタカナ文字 ひらがな文字』という単なる変換によってなしとげられるものではない。内容としての「わかりやすさ」こそが分かり易さであるはずである。机上の空論的過剰な理論的な条文化はかえって一般利用者にはわかり難くなることもある。あるいは、「利用者に」というときに、企業経営者のみの利益主体が想定されてしまうこともある。なぜ国会で修正がなされたのか等を考えても、今回の商法の改正および会社法の新設には問題が少なくないと感じられる。

今回の商法の改正および会社法の新設に関しては、多くの書籍での声には、こんなに便利だ、こんなに使い勝手があるという論調が多い⁽²⁾。しかし、だれかにとって便利なものは、だれかにとって是不便であったり、リスクであったりする。今回の商法の改正および会社法の新設がもたらすものを、その考え方から検討してみたい⁽³⁾。

商法からの会社法の分離

1 新商法と会社法との関係

(1) 会社概念の商人概念からの離脱

会社法1条は、「会社の設立、組織、運営及び管理については、他の法律に特別の定めがある場合を除くほか、この法律の定めるところによる。」として、会社法は、会社に関する法律の一般法であると宣言しているかのようである。すなわち、会社については、会社法が一般法であり、会社法の前には、一般法はないかの如くである。しかし、新商法が会社法の一般法であり、会社法は新商法の特別法ではないのか。

このような考え方は、特に、会社法総則と新商法総則の条文の作り方に現れている。

改正前は、もともと会社は、商人の一部を構成しており、そうである以上、当然に、商法によって規律されており、商法総則は、個人商人にも、会社商人にも適用されるものであった。形式的にも、会社法は、商法の第2編でしかなかった。

しかし、会社法は、商法と袂を分かったかのようである。すなわち、改正前商法4条2項後段は削除され、民事会社概念および民事会社としての擬制商人概念を消失した。果たして、本当に、商人と会社とは、異なる主体概念として規定されたのだろうか。

(2) 商人法主義、否、会社法主義としての会社法

新商法および会社法のどこを見ても、会社が商人であるという規定は存在しない。たとえば、新商法4条1項は、「この法律において、『商人』とは、自己の名をもって商行為をすることを業とする者をいう。」と規定する。そして、その限りでは、改正前商法4条1項の単なるひらがな化である。したがって、新商法においても、商人概念は、原則として、商行為法主義を採用している。すなわち、新商法も、まず、商行為を列挙主義的に規定し（新商法501条、502条）、その基本的商行為を前提として、固有の商人概念を定義する（新商法4条1項）。それと同時に、店舗販売者と鉱業営業者を擬制商人として規定する（新商法4条2項）。

しかし、会社法は、会社の定義にあたって、基本的商行為を前提とすることを放棄している。その代わりに、会社の定義と称して、会社の種類を規定している。この規定は、改正前商法53条に当たるものであり、従来の定義規定からすれば、極めて異質である。すなわち、会社法2条1号は、会社とは、「株式会社、合名会社、合資会社又は合同会社をいう。」と規定するのである。

このような定義の仕方は、いわゆる列挙主義であり、商人概念の定め方における「商人法主義」的会社法主義の採用の一形態である。すなわち、他の法律概念を前提とすることなく、会社法自体の規定で、会社概念を定めたのである。しかし、会社概念を定めているのではなく、会社は「これだけである」と宣言しただけであるが。会社法2条1号により、会社は、商行為概念を前提とすることなく、会社概念を確定することができるようになった。しかし、会社とはいったい何なのかという問には、答えていない。

(2) 会社は、商人なのか否か？

もし、会社が商人でなくなったとすると、商人概念・商行為概念を基本概念とする新商法は、会

社法の一般法ではないということになる。そうすると、新商法総則・新商行為法は、一切会社には適用されないことになる。なぜなら、新商法は、条文適用要件として、「商人」と「商行為」を用いているからである。例えば、新商法503条1項は、「商人がその営業のためにする行為は、商行為とする。」と、そのままひらがな化で規定しているから、この規定は会社には適用できないことになる。

しかし、会社法5条は、「会社（外国会社を含む。次条第1項、第8条および第9条において同じ。）がその事業としてする行為及びその事業のためにする行為は、商行為とする。」と規定して、会社概念を前提とする新たな商行為概念を創設したのである。それと同時に、改正前商法523条は削除されている。このことにより、準商行為概念も同時に消失している。そうすると、会社にとっては、新商法503条適用による附属的商行為も不要であり、適用の必要性さえない。

このように、商人概念や会社概念をまず定義し、その上で、それを前提として、商行為概念を定める立法主義を、商人主義というが、ついに、会社法は、完全な形で、商人法主義、否、会社法主義を採用したと評価できよう。

なお、会社法5条には、「営業」という用語が用いられてない。一見、会社法5条後段は、新商法503条1項に似ているように、すなわち、付属的商行為を定めているように見えるが、新商法503条1項が「営業」という概念を用いているのに対し、会社法5条は、「事業」という言葉を用いているのである。ここに、会社法が新商法と決別したという姿勢が如実に表れている。

さて、「事業」という用語は、独占禁止法（2条）や、相互保険会について保険業法（21条）で採用されてきた概念であり、最近では、中間法人法（9条2項）や消費者契約法（2条）において用いられており、営業概念が、営利性ないし商行為を前提とすることから、それと相容れない、あるいは、それを超える場合の用語として用いられている⁽⁴⁾。そうであるならば、会社は、非営利的行為を行うことを前提として考えられているということなのであろうか。例えば、株式会社が学校法人の主体となる場合とか、あるいは、医療法人の主体となるということを当然の前提として、新たな会社概念が模索され、創設されたのだろうか。この点に関し、江頭教授は、「法律家の間では、『事業』には非営利活動も含まれるとの印象が強い。・・・新法が会社は『事業』を行うとしたのは、会社形態で教育や医療ができるようにするための地ならしなのではないかとみる向きもあるようです。」という指摘をしている。これに対して、相澤参事官は、「そのような意図は全然ありません。」ときっぱりと否定しているが、そうであるのなら、なぜ、新商法では、「営業」概念をそのまま残し、会社法では、「事業」概念を新設したのであろうか⁽⁵⁾。

「現行の商法は他の多くの法人法制の基本法的な役割、組織法としての基本法的な役割を担っているのですけれども、ごく一部の法人を除けば、法人が行うべきものは『事業』として整理されているわけです。仮にそれが会社の『営業』に当たるものであったとしても、全部『事業』と呼ばれていることに照らすと、会社についても『事業』と称することとしたほうが、・・・整理しやすい」というあたりが立法者意志であらうか⁽⁶⁾。

このように、商行為主義から構成される会社概念を完全な形で排除し、商人法主義たる会社法主義を完成させている。このように、商人法主義の採用ということを前提とする限り、会社法2条1

号の会社の定義も、列挙主義的定義として初めて理解できるのである。

(3) 会社は商人である

会社を商人とみなすという擬制商人規定がなくなっても、会社の行う行為がすべて商行為である以上、それを反復継続的に行う主体（新商法4条1項の「業」概念は、前述の「事業」概念でも妥当する）は、固有の商人となるはずである。この点については、相澤参事官の言葉を引用しよう。すなわち、『商人とみなす』という旨の規定を設けていないのは、会社法の総則および計算規定において、商法において商人に適用される商法総則の規律と実質的に規定していること、会社法5条の規定により会社が業として行う行為および業のために行う行為は商行為とされているため、会社を商人とみなす必要がないという理由によるものである。⁽⁷⁾とコメントしている。後半の理由が法形式的理由であるとすれば、やはり、会社は新商法4条1項により、固有の商人となるということになる。

この点に関し、野村教授は、「会社が事業としてする行為は商法501条・502条に列挙されていない行為であっても、商行為とされ、それゆえ、すべての会社は商人であるということも同時に規律していると読む必要があります。⁽⁸⁾」、として、会社の商人性を肯定する。しかし、会社法が商人法主義を採用し、基本的商行為概念から解放された会社概念を採用し、かつ、会社法1条が会社に関する会社法の優先適用を宣言している以上、新商法501条・502条の適用は排され、会社法5条前段による商行為概念として理解しなければならない。すなわち、固有の商人の前提概念としての基本的商行為として、会社事業商行為という新しい商行為概念が作り出されたとする理解である。それゆえ、同様に、新商法503条は、会社には適用されず、会社法5条後段が優先適用されると解すべきである。

次に、相澤参事官の前段の言葉を前提にすると、新商法と同じ条文が会社法にもあるから、商法の適用の必要が実質的にないから、商人概念を前提とする適用関係を考える必要がないということになる。それでは、どのように同じ条文を配置したのかを見てみよう。

(4) 新商法と会社法には同じ規定がある

商人でも、会社でも、共通な内容として規制が必要なものは、例えば、商号、商業使用人、商業登記等がある。ここで、商法総則の会社への適用を排しながら、なおかつ、実質的意義の商法ないし企業法としての商号や商業使用人に関する共通規制を行うためには、会社法はどのような立法テクニックを用いたのか。

極めて単純である。同じ内容の規定を、会社法にも新商法にも置くという方法を取ったのである。新商法と会社法の総則編を並べて見たものは、同じ規定が並んでいることに奇異さを感じるか、立法テクニックの稚拙さを感じるかも知れない。しかし、新商法の会社への適用を完全な形で排するという立法理念を採用したために、必要なものは二度書くということになったと考えられる。ここには、商法が一般法、会社法が特別法という考え方さえないように見える。新商法は個人商人法に押し込めたいという意志の表れであろうか。

具体的に見てみよう。商号専用権に関する規定を見てみよう。すなわち、新商法12条は、「何人も、不正の目的をもって、他の商人であると誤認されるおそれのある名称又は商号を使用してはな

らない。」とし、これに対して、会社法8条は、「何人も、不正の目的をもって、他の会社であると誤認されるおそれのある名称又は商号を使用してはならない。」と規定する。この二つの条文を見る限り、新商法と会社法との双方に規定すべき必然性は全く感じられない。会社に、新商法総則を準用ないし適用させれば良いだけである。そして、そのためには、会社は商人であるという明確な規定を一つおけば済むはずのことである。もう一つ見てみよう。新商法20条は、「商人は、支配人を選任し、その営業所において、その営業を行わせることができる。」と規定し、会社法10条は、「会社（外国会社を含む。以下この編において同じ。）は、支配人を選任し、その本店又は支店において、その事業を行わせることができる。」と規定するのである。⁽⁹⁾

こうして、双子のような規定が、会社法総則と新商法総則に多々並んでいるのである。

（４）新商法の商行為編の適用関係

商法は、「商人」と「商行為」という二つの概念を使って、法適用を画している。例えば、新商法522条本文は、「商行為によって生じた債権は、この法律に別段の定めがある場合を除き、5年間行使しないときは、時効によって消滅する。」と規定し、その法律行為が商行為か否かにより、新商法が適用されるのか民法が適用されるのか（民法167条1項）が決まる。したがって、会社の事業行為および事業のめたにする行為はすべて商行為とされるから（会社法5条）、会社の行為に新商法522条は適用されることになる。これに対して、新商法512条は、「商人がその営業の範囲において他人のために行為をしたときは、相当な報酬を請求することができる。」と規定しており、この条文では、「商行為」概念ではなく、「商人」概念が適用を画する要件とされている。もし、会社が商人でないとすれば、この条文は会社には適用されないことになってしまう。その他、商人概念を前提としている新商法508条、509条、510条、512条、513条、521条、524条、525条、526条、528条はすべて、会社には適用されないことになる。そうであるならば、会社との関係で、新商法総則のみならず新商法商行為編も事実上死文化する。もっともこれらの規定は任意規定であり、企業法務がきちんと確立されている会社企業においては、ほぼ契約条項化され、適用の余地は少ない。しかし、最低資本金制度を排した会社法では、そのように企業法務が整備されない株式会社が多数存在するはずである。

前述の相互保険会社や中間法人では、商法条文の適用に当たっては、これまでは、事業を営業と読替える等しながら、商法総則と商行為法の適用を行っているのであるから、当然に、法人企業の一般法たる会社法において規定される会社も、同一内容に関する規定がない限り、より一般法たる新商法の規定が適用されると解される。それが法人企業法一般法たる位置づけの帰結であろう。

したがって、商行為法は原則として適用される。ただし、新商法総則は、すべて同一規定化されているので、結果的に適用が排除される。

なお、このような商行為編の寂しい状況は、ひらがな化の中途挫折という方針にも現れている。新商法は、実は、匿名組合の章までしか、ひらがな化されずに、それ以後は、カタカナのまま放置されている。

この点につき、江頭教授は、「商行為法の規定全部を現代語化するには時間が足りなかったということですが、なぜ匿名組合のところまでなのかについては、法務省の理解として、匿名組合まで

は商行為法総則のようなものだという考え方⁽¹⁰⁾のようです。」と述べている。確かに、次章からは、仲立営業であり、営業者に関する規定となっており、極めて各論的ではある。しかし、匿名組合に関する規定には、合資会社に関する規定の準用があることから、合資会社法が改正され、それに伴って、準用規定を削除し、合資会社法と整合性を持たせる改正をする必要があったので、已むを得ず、商行為法を匿名組合まで、ひらがな化したとしか見えないのは、筆者のみのものであろうか。

2 会社の営利社団法人性と会社の定義 会社は特殊法人？

(1) 社団性の喪失？

改正前商法では、会社は次のように定義されていた。すなわち、「会社とは、営利を目的とする社団法人をいう（改正前商法52条、54条）。」とである。そう、会社は、営利社団法人である。

会社法でも、会社法3条は、「会社は、法人とする。」と規定し、また、商行為を行う者であるから（会社法5条）、対外的取引性としての営利性は、少なくとも有していると考えることができそうである。しかし、社団に関する規定がない。

しかし、団体の構成員として、株主または社員という人的構成員を有しているから（会社法104条、176条1項4号）、人の団体であることは確かである。問題は、かつての社団概念、すなわち、「複数人の結合体」たる複数人体性を有しているのかどうかの問題となる。これについては、株式会社の解散に関する会社法471条には、解散事由として人的要素が規定されていない。すなわち、「株主が一人となりたること」とか、「株主の欠乏」というような条項がない。

もともと、株式会社と有限会社については、「社員が一人となりたること」という規定は排除ないし削除されてきたから、「人」という要素は解散事由からは外されてきた。それでも、社団であるというために、「潜在的社団性」とか「株式という単位による社団性」というように苦しい説明を続けてきた。少なくとも、この苦しい説明からは脱することが会社法の創設によりできることになった訳だが、果たして社団ではなくなったのだろうか。

ここでは、やはり社員や株主という要素が必要不可欠な団体あるいは法人である以上、社団性を有すると考えて良いだろう。もちろん、複数人の結合体である必要はないが、財団ではないという意味で、社団であると定義すべきである。会社の性質論から、そう定義すべきである。そう、会社とは、営利社団法人であり、条文が変わっても、社団性は実質的には少しも変わっていないことになる。立法論的には、持分会社と同様（会社法641条4号）、あるいは、公益社団法人の解散規定同様（民法68条2項2号）、株式会社の解散規定にも、「株主の欠乏」ないし「株主が欠けたこと」を解散事由として掲げていても良かったのではないかと考える。ただし、その解散事由で解散する株式会社はあり得ないと思いつつも。

この点について、相澤参事官は、何も語っていない。敢えて語っていないかのように語っていない⁽¹¹⁾。株式会社の財団法人化ないし特殊法人化を将来的に考えているということは、もちろんないだろうが。

結論的には、人を必須の構成要素とする団体という意味の社団であり、複数人の結合体という社団的定義を採用する必要はないと考えるべきである⁽¹²⁾。この限りで、公益社団法人の社団概念と同義

である。

しかし、現在作業が進められている「公益法人法」案では、社団の解散規定として、社員の欠乏ではなく、社員が一人となりたることという複数人の結合体としての条文が提案されている。この法案が成立すると、会社だけが一人法人を許容される法人となるのかもしれない。

(2) 会社の営利性

商法上、営利という概念については、三義あると言われている。第1の営利性は、「収支適合性」としての営利性である。利益の追求は目的となっていないが、対価を得て、収支のバランスを取るという限りでの取引性があることであるが、前述の事業概念に対応するものでもある。商法適用上では、新商法3条に規定する公法人の商行為性に関する営利性がこれに当たると説明される。第2の営利性は、対外的取引活動により利益追求を行うという目的性である。これは一般的には、個人商人の営業における営利性であると説明される。そして、第3の営利性として、会社の営利性があると言われる。この点について、改正前商法52条2項および有限会社法1条1項にいう営利性とは、単に対外的取引活動によって利益を追求するだけでなく、獲得した利益を構成員に分配することまでも目的としているということを意味していると解されてきた。

この点については、元々、これらの規定がそこまでの営利性を規定したと解すること自体も怪しいが、社団たる会社の法的性質として、会社の実質的所有者たる構成員に獲得した利益が最終的には帰属するという本質的な要素として考えられる以上、会社法規定にそのことが明示されていなくても、会社の営利性は何ら損なわれていないと解すべきである。相澤参事官も、『「営利を目的とする社団」であることを定めていないのは、会社法上、会社の株主・社員には、利益配当請求権・残余財産分配請求権が認められていることは明らかであり、会社が対外的取引活動を通じて上げた利益を社員に分配するということを意味する『営利を目的とする』という用語を用いる必要がないという理由によるものである。』⁽¹³⁾としている。会社法上も、株主の固有権として、剰余金配当請求権と残余財産分配請求権が明文化されている（会社法105条1項1号・2号）。

いずれにしても、会社は、営利社団法人である。ただし、その社団概念は、「人を必須の構成要素とする団体」あるいは「社員（株主）を必須の構成要素とする団体」と理解すべきであるとする。

(1) 相澤哲『一問一答 新・会社法』[2005年、商事法務] 4頁。なお、本書は、法務省ないし法制審議会側からの唯一の解説書である。しかし、一問一答ということで、その一問がなかなか聞きたいことを取り上げてくれないのが、残念なところである。

(2) 極めて多数の解説書が出ているので、ここでは参照しない。立法者側の公的な発言として挙げられるものを幾つか拾うと、江頭憲治郎＝野村修也「特別企画 対談『新しい会社法は経営の自由度を高める』」新会社法A2Z創刊記念号（2005年4月号）は、法制審議会会社法（現代化関係）部会長と元法制審議会会社法部会（現代化関係）幹事による、まさに立法者側の立法者側による対談であろう。さらに、同誌では、第2号から、「わかりやすい新会社法」の連載が始まっている（野村修也「わかりやすい新会社法」新会社法A2Z第2号（2005年5月号）25頁、以下連載）。この連載は他と異なり、条文の丁寧な解釈理論を中心に説明しており、実務的な解説書より遙かにわかりやすい。また、商事法務において、参事官室からの連載が始まっている。相澤哲＝郡谷大輔「新会社法の解説（1）」

商事法務1737号11頁、以下連載。なお、商事法務1739号では、江頭教授を中心とする座談会も掲載されている（江頭他・「座談会『会社法』制定までの経緯と新会社法の読み方」商事法務1739号6頁）。そして、前掲注（1）も、その一つである。

- （3） 商法改正・会社法新設の改正条文全体がようやく明らかとなった。今までは、会社法条文ばかりが取り上げられており、整備法の中にある新商法の条文には目もくれない解説書が多く、不満を感じていた方も多かったと思うが、商事法務・編『会社法・整備法全条文 含・改正後商法・商業登記法』（2005年、商事法務）がようやくすべての条文の姿を見せてくれた。なお、本書には、CDが付いており、極めて検索しやすい。例えば、共同代表取締役の制度は廃止されたが、その規定を準用している協同組合法など多数の法律がそのため改正を余儀なくされている。それらの全貌が明らかとなっている。また、商業登記法も大きく影響を受け、登記実務的には、こちらの改正の方向が気がかりであったが、ようやく姿を見せた。

また、商事法務は、会社法案の段階から、法科大学院の教育に資するため、廉価版の『新しい会社全条文』[2005年、商事法務]を刊行してくれた。その中には、きちんと整備法も掲載されており、2005年度春学期の多くの法科大学院での利用があったものと思われる。中京大学法科大学院院長代理として、ここでお礼を述べたい。

- （4） 例えば、独占禁止法上の「事業」概念について、最高裁は、「なんらかの経済的利益の供給に対して反対給付を反復継続して受ける経済的活動」であると定義しているが、その趣旨は、「事業には、商法上の商人概念のような営利性は必要とされておらず、また、自然人、法人、私法人、公法人なども問われない。」と理解されるのが一般的である（金井貴嗣＝川濱昇＝泉水文雄・編『独占禁止法』[2004年、弘文堂] 19頁）。
- （5） 相澤・前掲注（2）座談会23頁。もっとも、相澤参事官は、その文脈の中で、「現行法の下でも教育や医療の分野に会社が参入」なりうるとしているのだから、なおさら、営業概念がそのままで十分であり、その必要性が感じられない。
- （6） 相澤・前掲注（2）座談会22頁～23頁。なお、江頭教授は、「個人商人は、複数業種やっていれば一つひとつが営業で、会社は複数業種をやっても全体が一つの営業という食い違いがある。そのところを、今回は、一方を『事業』と呼ぶことで区別する趣旨だと思う」としている（前掲注1・座談会・23頁）。ここら辺に、法政策を担う立法官僚と、理論整合性を重んずる商法研究者としての理解の仕方の違いが伺われる。
- （7） 相澤・前掲注（1）25頁～26頁。
- （8） 野村・前掲注（2）26頁～27頁。
- （9） なお、会社法では、本店支店概念を会社独自のものとし、個人商人への適用を排し、会社企業専用の法制度としている。
- （10） 江頭憲治郎「巻頭インタビュー 新会社法制定によせて」企業会計特別保存版（『新「会社法」詳解』）5頁。
- （11） 相澤・前掲注（1）25頁～26頁は、52条1項の見直しに関するQ18において、自らの問に答えていない。
- （12） 野村・前掲注（2）26頁は、「人の結合体」と意義づけているが、一人会社が想定される以上、「結合体」という要素は不要であり、人を必須の要素とする団体とすべきである。なお、公益社団法人においても、複数人の結合体という考え方は採用されていないことを理解すべきである（民法68条2項2号）。
- （13） 相澤・前掲注（1）25頁。

機関設計における考え方

株式会社の機関設計については、会社法案が発表されると同時に、機関設計は39種類あるとか、43種類あるとか、ファンファーレの如く、実務入門書が巷に溢れたが、このことは、実務家にも、経営者にも、多くの困惑を与えたようである。今度の会社法は難解であるとか、複雑であるとか。しかし、条文の作り方や、書き方が、とても難解であること、とても複雑であることは、確かであるが、紐解いてみると、実は、改正前と比べて、ほとんど何も変わっていないことにも気づくはずである。

1 多様化する機関構造 機関構造の森に迷い道を作ったのは誰なのか？

株式会社は、有限会社の法形式上の消滅により、物的会社⁽¹⁴⁾のただ一つ？（合同会社も物的会社？）の存在となった。もう、物的会社・人的会社という2分類は成り立たないのかもしれないが、物的会社は株式会社と合同会社、人的会社は合名会社と合資会社というような分類も、組織再編の組み合わせから言えば、ありえそうであるが、持分会社全体が人的会社としての理念に合しているとも言える。これからは、持分単一会社（持分会社）と持分複数会社（株式会社）という2分類にする必要がありそうでもある。そして、持分会社は、組合的要素を有する人的会社であり、合同会社は、全社員が有限責任であっても、持分単一主義の下で組合的性質を有すると考えて、人的会社の分類に入れるのか、有限責任であるということに着目して、物的会社の分類に入れるのか。

まあ、どちらでもいいような気もするが、会社法が、合名会社・合資会社・合同会社の総称として持分会社を使いたいと言うのであるから（会社法575条1項括弧書）、持分会社を人的会社と分類し、株式会社のみを物的会社と分類する方が立法者意志であろうか。そうすると、無限責任か有限責任かという責任概念で人的会社性を論じることはできなくなるであろう。

さて、もっとも中心となる会社形態といえ、当然のことだが、株式会社である⁽¹⁵⁾。しかし、この株式会社の機関構造が複雑多岐に亘る。初めて会社法を見る者は、機関における法律適用関係が全く理解できないと思う。その主要な原因は、株式会社形態に、物的会社としての共通性から、有限会社をドッキングさせたことにある。確かに、有限会社と閉鎖的株式会社とは、株式の無券化が採用された瞬間に、その主要な相違は喪失したとも言える。形骸化した閉鎖的株式会社の機関運営は、取締役しかない有限会社と実質的には異ならないからである。閉鎖的株式会社のワンマン社長（あるいは、元々他の二人の取締役は名義借であるかもしれない）の下で会社経営と、有限会社の単独取締役の下での会社運営は、ほとんど違っていないことは確かである。

このことを前提として、有限会社を株式会社として一般化すべきなのか、はたまた、閉鎖的株式会社を取り出して、有限会社化（閉鎖的株式会社法と呼ぶとしても）をすべきなのか等、選択の道はあったはずである。もちろん、前者が選ばれた。このことが、極めて難解な会社機関設計となった一因であると言えよう。

このことにより、まず、有限会社の株式会社が機関構造のベースに置いた。そうなれば、機関は、株主総会と取締役の二つしかない。これをベースに、従来の株式会社、大会社、等へどのように条

文は展開するのか。

そこで、まず、第1は、括弧書を使った適用除外である。この括弧書規定の多いことに驚く。株主総会の多くの規定が、取締役会が存在する株式会社のために、取締役会と読み替えられる。ここでまず条文が分からなくなる。このぐらいなら、標準的株式会社として、取締役会・監査役を設置する株式会社に関する条文を、読み替え無く作って欲しいという声さえ聞こえそうである。新商法と会社法に全く同じ条文を並列させるくらいなのだから、それぞれのタイプの株式会社に、それぞれの規定を並列させて、括弧書による読替は止めて欲しかったと考えるのは筆者だけではないだろう。

有限会社法がかつて商法からの準用規定の山となり、準用規定を読み替えないと内容が全く分からなかったように、有限会社型の株式会社以外の機関構造は、読替規定を読み解かなければ、適用条文が見えてこない。そして、もちろん、ただし書による例外ももちろんある。ただ、考えてみれば、準用規定が少なくなったことに気がつく。それらの多くは、括弧書によって示されている。準用規定と括弧書と果たしてどちらが分かりやすいのか。あるいは、括弧書とただし書とどちらの方が分かりやすいのか。それを判定するのは、立法担当者でなく、ユーザーであろう。

こうした会社法の状況を前に、乱立する木々の前に立ち、多くの著書が機関構造の組み合わせとして、何十通りもあることを一覧表にして示してくるが、それぞれの会社には、一つのパターンのみ採用され、その内容がしっかり分かればいいのである。そうであるにもかかわらず、有限会社型の株式会社に対する機関規制ベースに条文を作ったから、訳が分からなくなるのである。もとの株式会社の機関形態の再編標準として、適用法規をまず整理してみよう。そうすれば、分かることは、ほとんど変わっていないということである。ただ、これまで変えたい、変えたいと切望していた部分による修正が行われているが（例えば、共同代表や介入権や無過失責任など）、それらを除けば、主要な姿は、商法特例法・商法・有限会社法に組み込まれていたものであり、そう考えれば、大きな変更はないとも考えられる。

2 基本的考え方 社員資格と機関資格の一致と分離

(1) 持分会社の機関原則

会社は、持分会社と株式会社に2分される。このような分類がなされる要素としては、第1に、持分の単位化による複数持分主義と単一持分主義の相違点がある。それと、元々は、株式会社が大規模公開企業形態として予定され、持分会社は小規模閉鎖的企業形態として予定されていることにより、機関構造にも基本的な相違点がある。これが、社員資格と機関資格の分離あるいは一致という相違点である。

まず、持分会社では、社員が原則として業務執行権を有する（会社法590条1項）。もちろん、定款規定により、業務執行権を有する社員と業務執行権を有しない社員とに分離することができる。しかし、社員以外の者が業務執行権を有することはない。したがって、業務執行機関の資格と社員の資格とが一致している。この場合、業務執行権を有する社員を特に、業務執行社員という。業務執行機関である。

業務執行権は、厳密に言うと、対内的業務を行う対内的業務執行権限と対外的業務を行う対外的業務執行権限とに分けられる。会社法590条は特に対外的対内的を区別していないが、業務執行社員の業務執行が対外的業務執行である場合には、効果帰属要件として、会社代表権を必要とする(会社法599条4項)。この会社代表権に関しては、業務執行社員が対外的業務執行権を有していることを前提に、原則として業務執行社員は会社代表権を有する(会社法599条1項)。

このように、持分会社では、社員資格が業務執行機関(代表機関)の前提となっており、社員資格と機関資格は一致している。ただし、合同会社の創出により、業務執行機関としての前提資格としての無限責任性は要求されなくなった⁽¹⁶⁾。

(2) 株式会社の派生的特質としての機関構造 社員資格と機関資格の分離

これに対して、株式会社では、取締役に関しては、従来通りに、欠格事由はあるものの(会社法331条1項)、株主資格を機関資格の前提とする規定は存在しない。したがって、機関は株主であることを必要としていない。ここに、機関資格と社員資格の分離がある。さらには、多数の株主の存在が予定される公開会社では、取締役の前提資格として株主であることを定款で定めることが禁止される(会社法331条2項本文)。これが第2段階の機関資格と社員資格の分離である。もっとも、非公開会社では、このような定款規定も許容されており、有限会社の要素を採用している(会社法331条2項ただし書)。

結論としては、このように株式会社では、条文上の原則として、機関資格と社員(株主)資格は一致していない。これは株式会社が、大規模企業形態として予定されていることから、社会的な影響の大きい株式会社の経営を担う者は、実質的所有者であることから同然に与えられる資格ではなく、経営の合理性から、経営能力を有する者を株主以外から選ぶという選択肢を用意するためである。

社員と機関との関係に関する基本的考え方は、持分会社において、有限責任社員も業務執行機関・会社代表機関となることができるようになったことを除けば、基本的には変わっていない。

3 株式会社の個々の機関

それでは、具体的な機関設計を考えて見る前提として、新法の下での個々の機関の内容を確認してみよう。

(1) 株主総会

まず、株主総会。株式会社は社団であり、株主という人的要素を必須とすることは自明のことであり、株主自身による機関は、必要不可欠のものである。そういう意味で、絶対的必要的機関であると位置づけることができる。なぜ絶対的かは、他の機関がすべて任意的あるいは相対的機関になってしまったからでもある。そして、実質的所有者であることから、もちろん、株式会社の最高機関である(会社法295条3項)。

株主総会は、総株主で構成される意思決定機関であり、その意思決定権限は、新法においては、時には万能機関であり(会社法295条1項)、時には、非万能機関である(295条2項)。もっとも、例外的に議決権を有しない株主の存在が多様に認められてしまうと、株主総会を、総株主から構成されると定義すること自体の意味が無くなる⁽¹⁷⁾。

(2) 取締役 (機関または機関構成員)

取締役は、取締役会非設置型株式会社では、業執行機関であり (会社法348条 1 項本文)、会社代表機関である (会社法349条 1 項本文)。しかし、取締役会設置型株式会社では、取締役会の構成員に過ぎず、その機関性は否定されることになる (会社法348条 1 項括弧書)。このような、取締役会設置型か否かにより、取締役はその法的性質を変える。そこで、会社法は新しい法概念として、実務用語の「役員」という用語を法概念として採用し、收拾をつけている (会社法329条)。

(3) 取締役会

取締役会とは、取締役全員によって構成され (会社法362条 1 項)、会社の業務執行の決定を行い (会社法362条 2 項 1 号 3 号、416条 1 項 ~ 3 項)、取締役・執行役の業務執行を監督する機関をいう (会社法 2 項 2 号、416条 1 項 2 号)。取締役会については、会社法によって大きく改正された所はない。一つあげれば、内部統制条項が取締役会の一般専決事項となるとともに、大会社では義務化されたことである (会社法362条 4 項 6 号、5 項)。

重要な意思決定権限に関する一般的専決事項も (会社法362条 4 項)、個別的専決事項も基本的には変わらない (会社法201条 1 項等)。

ただし、旧商法特例法の重要財産委員会と同様な制度を機関とすることなく、踏襲している。すなわち、取締役設置会社で、委員会設置会社でない会社は、取締役数 6 名以上で、取締役 1 名以上が社外取締役である場合には、3 名以上の特別取締役だけの取締役会決定により、重要な財産の得喪・多額の借財について (会社法362条 4 項 1 号・2 号)、取締役会決議に変わる適法な意思決定を行うことができる (会社法373条)。

(4) 代表取締役

代表取締役とは、会社の業務執行権および会社代表権を有する機関をいうが (349条 3 項 4 項、363条 1 項 1 号)、取締役会設置会社のうち、委員会設置会社でない会社は (415条)、代表取締役は必要的機関であり (会社法632条 3 項)、取締役会非設置会社では、任意機関である (会社法349条 3 項)。

なお、取締役会設置会社では、代表取締役以外に、対内的業務執行のみの権限を有する業務担当取締役という機関を設置することができる (会社法363条 1 項 2 号)。このことから、代表取締役でなく、業務担当取締役でもない取締役は、機関性がないことが理解できる。

(5) 監査役

監査役とは、取締役の業務執行を監査する機関をいうが (会社法381条 1 項)、監査権限を有する単独機関である。取締役会設置会社のうち、委員会設置会社でない会社は (会社法327条 1 項括弧書)、監査役は原則として必要的機関であるが (会社法327条 2 項本文)、公開会社でない取締役会設置会社では、会計参与を置くことにより、代替できる (会社法327条 2 項ただし書)。

(6) 監査役会

監査役会とは、監査役全員で構成される機関をいう (会社法390条 1 項)。機関たる監査役によって構成され、監査業務の基本方針を決定する権限を有する (会社法390条 2 項)。公開大会社であって、委員会設置会社でない株式会社の必要的機関である (会社法328条 1 項本文)。もちろん、旧商

法特例法時代と同様、常勤監査役を必要とし（会社法390条2項）、半数以上が社外監査役でなければならない（会社法390条3項）。

（7）執行役

執行役とは、委員会設置会社の業務執行機関をいう（会社法418条1項2号）。もちろん、取締役会から広範な権限の委任を受けて、業務執行を決定することもできる（会社法418条1項1号）。委員会設置会社の必要的機関である（会社法402条1項）。

（8）代表執行役

代表執行役とは、委員会設置会社の代表機関をいう（会社法420条）。執行役が当然に会社代表権を有するという設計にせず、原則として代表執行役を機関として設置することを要求している。

（9）委員会

指名委員会・監査委員会・報酬委員会という3委員会を置く会社を委員会設置会社という（会社法2条12号）。

そして、指名委員会とは、指名委員取締役全員によって構成され、取締役の選任・解任議案の内容の決定を行う機関をいう（会社法404条1項）。次ぎに、監査委員会とは、監査委員取締役全員によって構成され、委員会設置会社の執行役の業務執行を監査する機関をいう（会社法404条2項）。最後に、報酬委員会とは、報酬委員取締役全員によって構成され、執行役・取締役の個別報酬を決定する権限を有する委員会設置会社の機関をいう（会社法404条3項）。いずれも、委員会設置会社の必要的機関である（会社法2条12号、404条1項）。

これらの委員会は、すべて、過半数が社外取締役で構成されなければならない（会社法400条3項）。基本的構造は、旧商法特例法の委員会等設置会社と異なる。

（10）会計参与

会計参与とは、株式会社の計算書類等の作成を取締役・執行役と共同して行う権限を有する機関をいう（会社法374条1項、6項）。単独機関でありながら、取締役と共同して権限行使をすることを必要とする共同機関である。すべての機関設計に対して、任意機関である。

この制度は、公認会計士・税理士という会計の専門家が関わることにより、計算書類の適正さを確保しようという制度であり、株式会社の計算書類の正確さに対する信頼を高めようというものであるらしい。⁽¹⁸⁾ 会計参与に取締役等と同等の責任を負わせることにより（会社法423条～430条）、責任回避としての適正行動を会計の専門家に強いる制度であり、完全任意機関であることから、多くの会計士は二の足を踏まざるをえない制度である。

（11）会計監査人（大会社で必置）

以上までが、役員であるが、役員に準ずる者として、会計監査人がある。もちろん、機関ではなく、あくまでも、会社の外に位置する者である。会計監査人とは、株式会社の計算書類の会計監査を行う権限を有する者をいう（会社法396条1項）。もちろん、公認会計士・監査法人でなければならない（337条1項）。大会社では必置である（会社法328条1項・2項）。

（12）その他

その他として、まず、監査役の権限の限定がある。旧商法特例法時代の小会社の特例である（旧

商法特例法22条～26条)。会社法では、定款の規定による任意的な権限限定としている(会社法389条)。ただし、取締役会・会計監査人を任意に設置していない非公開会社に限られる(会社法389条1項括弧書)。次に、臨時の機関としては、検査役が存在する(会社法33条、306条、358条)。この検査役に関し、総会議案検査役として位置づけられて制度が(旧商法238条)、検査役から外れ、単なる調査人とされている(会社法316条)。

4 機関設計の理念型

会社法は、有限会社法と商法第2編と商法特例法という異なった3つの法律で規定されていた機関構造形態を、一つの法律で、しかも、同一の章立てで規制するという無謀な挑戦を行った。その結果が、会社法である。このため、機関に関する規定は極めて理解し難いものとなっている。なぜなら、理念の異なる3つの法律を、正確に言うと、理念の異なる4つの機関構造を一つの条文で説明しようとするからである。すなわち、旧有限会社の機関構造と旧商法上の株式会社の機関構造と旧商法特例法上の機関構造を、さらに、監査役会型と委員会型を、一つの法律・条文で説明している。

(1) 有限会社型機関構造

もっとも簡素な機関構造は、旧有限会社型である。有限会社型機関構造が最も簡易であったのであるから、当然のことである。すなわち、株主総会と取締役という二つの機関からなる構造である(会社法295条、326条1項)。この構造では、有限会社を株式会社に取り込み、その構造を株式会社として表現し直しただけであるから、社員総会が株主総会に置き換わっただけである。そして、当然に、業務執行機関たる取締役が会社代表権も有する(会社法348条、349条)。

この機関構造では、株主が少人数で直接意思決定し、その決定された内容を取締役が執行するという基本構造が予定されていることから、改正前の株式会社とは異なり、株主総会は万能機関として、有限会社法同様に位置づけられている。すなわち、株主総会は、すべての事項について意思決定権限を有する(会社法295条1項)。そして、有限会社法が監査役については任意機関としていたことから、当然のこの理念型との関係では、監査役は任意機関でなければならない、取締役会も任意機関でなければならない。

(2) 旧商法株式会社型機関構造

旧商法上の株式会社は、大規模業形態として設計された機関形態であり、昭和25年商法改正を経て、業務執行機関は、取締役会・代表取締役という分離された構造を有している(会社法362条、363条)。これは、単独取締役制では、業務執行権の濫用に対する歯止めが効かないことから、業務執行の意思決定は、取締役会という合議体に担わせ、慎重な協議により、より適切な会社運営を確保しようというものである。したがって、重要な業務執行の決定は、取締役会の専決事項である(会社法362条4項)。

それとともに、取締役会中心主義をとり、そこでの経営の合理性を追求する構造であるから、株主総会の権限は制限され、会社法に規定された事項および定款規定事項のみが、株主総会の権限とされる。株主総会は非万能機関である(会社法295条2項)。

(3) 特例法監査役会設置型機関構造

昭和49年の商法改正により、旧商法特例法が創出され、会計監査人による外部監査が始まった。これを生み出したのは、もちろん、大型粉飾決算であった。その後の最終的形態は、3人以上の監査役と、常勤監査役・社外監査役という監査役会制度をも整備し、監査役会型機関設計が完成した(会社法390条、335条3項)。そのための基準が大会社である。当初は、資本基準だけでスタートしたが、その後負債基準をも取り入れ、大会社とは、つぶれた時に社会に迷惑をかける大きさの基準となった(会社法2条6号ロ)。

(4) 特例法委員会等設置型機関構造

旧商法特例法上の業務執行および監督に関する機関構造として、取締役会と執行役という業務執行機関構造を有する委員会等設置会社が認められた。会社法では、委員会設置会社という(会社法2条12号)。

この機関構造は、代表取締役を設置する場合とは異なり(会社法415条)、取締役会は、極めて重要な業務執行の意思決定しか事実上行わず(会社法416条4項)、業務執行の決定は、原則的に執行役が行う(会社法418条1号)。それとともに、執行役は、業務執行権および会社代表を有する(会社法418条2号、420条)。この機関構造は、取締役会の監督権限を強化するために3つの委員会(監査・報酬・指名)を取締役会の内部機関として設置すると共に、業執行機関として執行役を定め、広範な業務執行権を与えて、機動的な経営を確保しようというものである。

この機関構造では、取締役会が設置されることから、当然に、所有する機関と経営する機関との分離を図るため、株主総会是非万能機関である。

(5) まとめ

標準型株式会社、すなわち、取締役会と監査役を設置する株式会社、いわゆる中会社こそが株式会社であった。もっとも、中会社という表現は喪失し、会社法の下では、取締役会・監査役設置会社と定義される(会社法2条7号・9号)。この会社形態が、本来の株式会社形態であり(戦後の日本におけるという意味で)、ここを出発点にすれば、機関構造は理解しやすい。出発点をどこに置くかという問題である。なぜなら、中会社を出発点とし、ここから如何に簡易化するのかという方向への簡易的機関構造へと、ここから如何に規制を加重していくのかという方向への複層的機関構造へと二つの方向性が見てくるからである。しかし、立法は異なる。最低限の簡易的機関構造規制から出発することにより、理論的にはいかにも原則から例外へと進んでいくように見えて、実は、簡易型機関構造の方こそが例外であることから、規制の方向性が逆転しているのである。

すなわち、取締役会・監査役設置会社は、必要的機関として、株主総会・取締役会・代表取締役・監査役を置く。ここでは、所有と経営の法制度的分離原則が採用されているが、会社法295条1項は、「株主総会は、この法律に規定する事項及び株式会社の組織、運営、管理その他の株式会社に關する一切の事情について決議をすることができる。」と、株主総会の万能機関性を採用している。しかし、それに続く、同条2項は、「前項の規定にかかわらず、取締役会設置会社においては、株主総会は、この法律に規定する事項及び定款で定めた事項に限り、決議をすることができる。」として、万能機関性を否定する。

ここから分かるように、株式会社という一つの会社形態の中で、株主総会が万能であったり、非万能であったりするものである。そこには、株式会社という理念がない。河本一郎神戸大学名誉教授も嘆く、「もっと難しいのは、株式会社の基本的理念に関するものである。」⁽¹⁹⁾と。便利なものを可能な限り集めて、一般的なものから特殊なものへと、理念なく並べた会社法に見える。オムニバスCDでも、そこにはセレクトの理念がある。会社法の理念はどこにあるか？

さらに、株主総会決議事項は、法定の事項は下位機関には委任できないことを会社法259条3項が明言した上で、決議要件と決議事項を法定する。すなわち、普通決議については、会社法309条1項がその決議要件を旧商法239条1項同様に定めながら、直ちに、同条2項で、特別決議要件と決議事項を定める。さらに、同条3項で、いわゆる特殊の決議要件を定める。この条文構成は、旧商法においては、特別決議は、定款変更決議要件として、特殊の決議は、株式の譲渡制限に関する定款変更決議事項として、バラバラの場所に規定され、準用されていたのに比べれば、決議要件の整理としては、まとめられており、整合的である。

これに対して、例えば、株主総会の決議事項とされる取締役の特別の不作为義務を見てみよう。会社法356条1項は、取締役の不作为義務取引の承認を株主総会とする。しかし、取締役会設置会社では、会社法365条1項が「取締役会設置会社における第356条の規定の適用については、同条第1項中『株主総会』とあるのは、『取締役会』とする。」と規定し、読替を行う。

これと同様に、会社代表権については、会社法349条1項本文で、「取締役は、株式会社を代表する。」と規定し、その前提として、業務執行権に関し、会社法348条1項で、取締役を業務執行機関と定める。ところが、同条項は、その括弧書で、「(取締役会設置会社を除く。)」と、取締役会設置会社では、取締役の業務執行機関性を否定する。このように、読替と括弧書きがやたら目に付く。特に、括弧書きの多いこと。美しさに欠けるとともに、分かりにくさを生み出す原因となっている。さらに、代表取締役については、会社法349条3項で任意機関と位置付けながら、取締役会設置会社では、必要的機関となる(会社法362条3項)。

ここまですべてを見てきただけでも、その分かりにくさが分かる。ここまで、理念形としての有限会社型の株式会社機関構造をベースにする必要があったのか、甚だ疑問である。

5 機関設計の理念

さて、このような部品の組み合わせにより、39種類の機関設計ができると言われる。そして、そのような前提として、株主総会以外は、原則として、任意機関と位置づけられる(会社法326条2項)。しかし、実は、一定の基準によりルール化されており、それが見えてしまえば、基本的には4種類なのである。そう、理念型は少しも変わっていない。

(1) 公開性基準

まず、第1の基準として公開性基準がある。公開会社は、一定の機関設計しか採用できない。これは、旧有限会社に閉鎖的株式会社を取り込んで成立させて生ずる閉鎖性に対する基準の裏返しとしての機関設計基準である。

しかし、ここで、公開会社の定義には多くの者が首を傾げている(2条5号)。一橋大学の川村

教授をして嘆かせたように、「『公開会社』の定義は、一部でも株式の譲渡制限をする会社は非公開会社に当たるとも読めそうである。⁽²⁰⁾」否、そうしか読めない。何度読んでみても、そうしか読めない。ところが、立法者意志は、公開会社とは、全部の株式につき譲渡制限している会社以外の会社のことをいうとしている。⁽²¹⁾危険さわまりない定義である。

この定義に従って、公開会社は、取締役会を必要的機関とする（会社法327条1号）。そして、公開会社は、取締役会設置会社として、委員会設置会社を除き（会社法327条2項括弧書）、監査役を必要的機関とする（会社法327条2項本文）。なぜなら、公開会社は、その公開性故に、所有と経営が分離し、取締役会中心主義の意思決定とする必要があること、またその弊害を是正するために、監査機関を別途必要とするからである。そして、それ故、株主総会是非万能機関とされる（295条2項⁽²²⁾）。さらに、取締役会中心主義を徹底させるために、所有と経営の分離原則、すなわち、取締役の資格として株主資格を定めることを禁止する（会社法331条2項本文）。これにより、中会社の完成である。

（２）大会社性

第２の基準として大会社性基準がある。大会社の定義については、公開会社のような危険性はない（会社法２条６号）。資本金額基準と負債総額基準である。

この基準により、会社債権者保護・株主保護の要請がより強く働くことから、会計監査人が必置とされる（会社法328条2項）。さらに、監査役も必要的機関となる（会社法327条3項）。なぜなら、会計監査人は、監査役監査を前提として設計されているからである（会社法397条）。そして、さらに、大会社性に公開性が加わると監査役会も必要的機関となる（会社法328条1項）。これにより、監査役会型会社の完成である。

（３）委員会性

最後に、委員会性基準である。委員会設置会社の定義も危険ではない（２条12号）。「等」が抜けたことに不満を感じている読者も多いと思うが文字の節約にはなる。

この基準は、上述の機関設計とは全く異なった思考を必要とする機関設計となる。すなわち、取締役会・３委員会・（代表）執行役の必要的機関性（会社法327条1項3号、418条・420条）。そして、委員会設置会社は、会計監査人は必置であるが（327条5項）、監査委員会で監査が行われることから（会社法404条2項、397条4項）、監査役を置くことが許されない（会社法327条4項）。

（４）任意性

そして、最後に、このような３つの基準による必要的機関性の枠組みを壊さない限り、他の機関は任意機関として位置づけられ（会社法326条2項）、会計参与はすべての機関設計に対して完全任意機関である。⁽²³⁾

６ まとめ

このように３つの基準を見つけることによって、機関設計は少しも怖くないし、難しくもない。改正前と同様、４つの機関設計で考えればよい。後は、任意機関と代替機関のアレンジを考慮すればよいだけである。もっとも、そのようなアレンジを必要とする会社が本当にあるのかどうか疑

問であるが。

- (14) 既存の有限会社については、特例有限会社として存続することが許されるが、商号には特例有限会社であることを示すべく、「有限会社」という文字が用いられなければならない（整備法3条）。そして、有限会社特有の問題については、有限会社法時代の規定との整合性をもたらすために、若干の特則適用が定められている（整備法4条～44条）。しかし、声高に、有限会社のままで良い！とする書物も散見されるが、商号に有限会社という文字が用いられても、あくまでも、会社法の規定する株式会社としての存続が承認されているのであり、名称は、「特例有限会社」であっても、実体は、株式会社の特例でしかない。その実質は株式会社である。また、一部では、有限会社という商号を残した方が歴史有る会社と見えるとなどと、意味ありげに指摘する者もあるが、多くの会社が、最低資本金という垣根を越えることができずに、有限会社への組織変更をしたという過去を見れば、そのような歴史にどのような意味があるのかも怪しく思える。
- (15) 新しい会社形態である合同会社に注目しないのかとお叱りを受けそうであるが、当初の狙いのパス・スルーが認められない共同企業形態となってしまった以上、その注目度は、有限責任共同組合に譲らざるを得ないだろう。
- (16) 従来の人的会社にあつては、合名会社と合資会社の無限責任社員のみが業務執行権・会社代表権を有することが原則であり（旧商法68条・70条）、有限責任社員は、業務執行権・会社代表権を有することはできなかった。まさにリスクを負う者にのみ経営権を与えるという正当な価値判断である。しかし、合同会社の出現により、すべての社員が有限責任となってしまったことから、有限責任社員にも業務執行権・会社代表権を与えなければならなくなった。しかも、合名。合資・合同の3種類を持分会社という一つの法形式で条文化したために、合資会社の有限責任社員にも業務執行権を与えることができるという結果になってしまった。もう、規制哲学はない。
- (17) 取締役会や監査役会には全員で構成するという条文がわざわざあるのに（会社法362条1項、390条1項）、株主総会にはそのような規定がないのは、このためであろうか。
- (18) 相澤・前掲注（1）19頁～20頁。
- (19) 河本一郎「新会社法雑感 会社法の体系書をどう書くか」（『（企業会計特別保存版）新「会社法」詳解』[中央経済社、2005年]）83頁。体系のない法体系を前にして体系書を書くことの困難さを嘆いていると感じられた。
- (20) 川村正幸「新会社法における『公開会社』の定義」ビジネス法務5巻9号8頁。
- (21) 相澤・前掲注（2）商事法務1739号11頁～12頁。この不思議な日本語について、ほとんど言い訳としかとれないことを述べているとように筆者は読めてしまう。「割り切るしかない」（森本滋・同所）のかもしれないが、割り切れない定義であり、詳しい解説付きでなれば理解できない定義は定義と言えない。
- (22) ただし、監査役会設置会社は、その前提として監査役が存在するから、機関基準の整合性のために、取締役会を必要的機関とする（会社法327条1項2号）。また、委員会等設置会社も、委員会の前提として取締役会制度が必要であるから、必要的機関とされる（会社法327条1項3号）。
- (23) ただし、非公開会社でない取締役会設置会社では、監査役の代替機関として会計参与で済ますことが認められている（会社法327条2項ただし書）。

むすびにかえて

ここまで、新商法と会社の基本的な考え方を検討してきた。最後に、この会社法が誕生したことにより新たに提示されている幾つかの問題点を検討したい。

(1) 剰余金の違法配当は無効か有効か

違法配当の効力に関しては、旧商法では、資本維持の原則に関する強行規定違反として、当然に無効であると解され、その結果、不当利得関係が生ずると理解されてきた。そして、多くのテキストでは、会社法を前提に改訂されている中で、やはり、違法な剰余金配当は無効であると述べられている。

しかし、会社法には、違法な剰余金配当について、新しい規定が幾つか生まれた。一つが、株主の違法分配額支払責任である（会社法462条1項柱書前段）。このことにより、これは、従来は、違法配当は無効であり、その結果、不当利得関係が生じ、株主は、会社に対して不当利得返還義務（民法703条・704条）を負うと解釈されていたことと、どのような整合的な位置関係に立つのであろうか。

例えば・神田先生の会社法では（以下では、神田・双書と称する）、違法な剰余金の分配は無効としている。従来通りの解釈と思われるが、その後には、不当利得関係は説明されることなく、ただちに、462条1項の株主の支払い責任へと話が進む。⁽²⁴⁾ 不当利得であれば、その責任に善意（民法703条）・悪意（民法704条）の区別があるのに対し、会社法の支払い責任であれば、善意・悪意の区別がないので、優先適用され、不当利得は生ずる余地がないという理解なのであろうか。弥永先生の会社法では（以下では、弥永・マインドと称する）、神田・双書と同様、違法な剰余金の配当は無効とし、その上で、不当利得関係を生ずることを認めている。しかし、不当利得と株主の支払い責任との関係は明確には述べられていない。⁽²⁵⁾ さらに、宮島先生の会社法では（以下では、宮島・エッセンスと称する）、配当規制に反する剰余金の配当は、違法配当であり、当然に無効であるとする。そして、不当利得返還義務を株主に認める。その上で、会社法462条1項の株主の支払い責任を説明する。しかし、ここでも、不当利得返還義務と支払い責任の関係は不明である。⁽²⁶⁾

その他の実務的解説書では、違法な剰余金の分配に関して、その効力を述べているものは見あたらない。皆、当然に無効であると考えた上で、株主の支払責任を位置づけているのであろうか。弥永・マインドが引用する江頭教授の解説でも、効力自体には、何も触れられていない。

ここに、これらの関係を明瞭に説明するコメントが現れた。法務省担当官による解説である（以下では、相澤・解説と表記する）。⁽²⁷⁾ 相澤・解説では、現行法での無効という解釈は、会社法では採用されていないという。会社法461条1項に違反した剰余金の配当等は、行為自体の効力は無効とせず、会社法462条1項に規定される者が法定の責任を負うこととしているとする。しかも、会社法463条1項が「効力を生じた日における」という表現を用いていることから、違法配当が有効であることは明かであるとするのである。⁽²⁸⁾ すなわち、違法な剰余金の配当等は、有効であり、不当利得関係は生じないが、会社法の特別な支払責任のみが株主の責任として発生するというのである。

これは、多くの者の想定外の立法者意志ではないのか。

なぜ、違法配当を有効としなければならないのかという理由については、剰余金の配当「等」に原因があるらしい。すなわち、剰余金の配当「等」がついてしまったのは、会社法461条の配当規制に、いわゆる剰余金配当だけでなく（同条項8号）、自己株式の取得の財源規制も共通規定としてしまったからである。その結果、財源規制違反の自己株式の取得を無効としてしまうと、その後は、株主と会社との間の自己株式の返還と払戻金の返還とが同時履行の關係に立ち（民法533条）、株主が株式の返還があるまでは、払戻金を返還しない、すなわち、会社法462条1項の責任を果たさないという主張を許すことになるから問題だというのである。

しかし、これは、自己株式の取得の場合の特有の問題であり、剰余金の配当（461条1項8号）では全く問題とならないことではないのか。わざわざ配当規制に、「等」を自ら加えることを行っているながら、それを加えたための問題を解決するために、違法配当を有効とするというのは、本末転倒ではないのか。確かに、資本維持の原則という意味での財源規制としては、会社財産が減少するのに歯止めを掛けるという次元では同一であるが、対価として自己株式を取得する場合と、純粋に会社財産が流出する場合である配当とを、財源規制という観点のみで、同一条文にしたこと自体が間違っていないのか。

今後、神田・双書、弥永・マインド、宮島・エッセンスは、違法な剰余金配当は有効であると書き改められるのか、はたまた、無効であると主張し続けられるのか。私見的には、条文の作り方および立法趣旨自体に無理があるとは考えられない。しかも、違法配当を有効と解するというコンセンサスがあるのかも疑問である。剰余金の配当等の「等」については、自己株式取得の財源規制違反として、有効と解し得る余地もないではないが、違法な剰余金配当について、自己株式の取得同様、有効と解してしまっているのか、極めて疑問である。

解釈論的には、無効とし、「効力が生じた日」というのは、「効力が生ずる日」という文言に解するか、さもなくば、施行日前に改正することにより、無効と解する余地を作るべきではないのか。法制審議会委員は、違法剰余金配当は有効とするという理解を共有していたのだろうか。なお、解説コメントは、その後に、取得請求権付株式と取得条項付株式の場合だけは、端的に取得行為を無効とすることとしていると述べているのであるから、剰余金の配当等をすべて端的に無効としてもよいと考えられる余地は十分にあるはずである。⁽²⁹⁾

（２）合同会社の有限責任社員の責任の性質

新しい会社形態として、合同会社が創設された（会社法2条1号）。合同会社とは、有限責任社員のみで構成される持分会社をいう（会社法576条4項）。そして、持分会社とは、合同会社・合資会社・合同会社の総称をいう（会社法575条1項括弧書）。合同会社は、もちろん、パス・スルー課税を目指して創設された企業形態ではあるが、国税庁の方針としては、パス・スルー課税は認められないようであり、本来的制度趣旨が全うできないことから、その存在意義が疑われてはいるが、会社法の施行とともに、会社形態の一つとして存在してしまうことは疑いようもない事実である。

そして、この合同会社の社員の責任の性質については、直接有限責任なのか、間接有限責任なの

かについて、施行前から、論者により見解が分かれてしまっている。

まず、持分会社全般について、第三編・持分会社という編を作り、しかも、持分会社という総称概念まで創設したことから、前提的規定も、3種類の会社ごとに個別に条文化されてはならず、共通規定として条文化されている。そして、例外的に、各種の会社の特則を置いているのである。これを社員の責任規定について検討する。

まず、社員の直接責任性を明文化するものとして、580条1項がある。すなわち、持分会社の社員は、持分会社の債務の弁済責任を負う（会社法580条1項）。この責任の直接性は、持分会社すべての共通規定である。この限りで、合名会社の社員も、合資会社の社員も、合同会社の社員も、有限・無限の区別なく、直接責任である。そして、同条2項において、有限責任社員について、その有限責任を前提とした規定を置いている（会社法580条2項本文）。もちろん、既に履行した出資額については、責任から除かれることは当然であり、旧商法同様の規定が置かれている（同条項括弧書）。全社員のいずれにしても、会社債務との関係では、有限・無限の別なく、直接性であることは、明文規定から明かである。

しかし、合同会社については、全社員が有限責任であることから、株式会社同様の会社債権者保護の要請が働き、資本の原則が採用されている。具体的には、いわゆる全額払込主義、すなわち、資本充実の原則が採用される。すなわち、合同会社については、その特則として、合同会社の設立登記までに、「その出資に係る均整の全額を払い込み、又はその出資に係る金銭以外の財産の全部を給付しなければならない」のである（会社法578条）。したがって、合同会社の社員については、合資会社の有限責任社員と異なり、出資未履行ということはありえず、580条2項本文の適用は事実上あり得ないということになるのである。

もっとも、持分会社の有限責任については、赤字の時の利益配当により、事実上の払戻が行われてしまうことを防止することから、未履行出資額責任の復活規定があり、その関係で、直接責任が復活する余地があることに注意しなければならない。すなわち、有限責任社員の利益配当に関する責任として、いわゆる赤字状態における利益配当については、違法ではないが、有限責任社員に限って、持分会社への配当額の支払い責任を負わせているのである（会社法623条1項）。しかも、会社への責任に止まらず、この責任については、有限責任社員の責任限度額にプラスして、会社債権者への直接責任としても負うことが明文化されている（同条2項）。したがって、有限責任社員が全額出資をなした後でも、これらの規定により、直接責任が復活するのである。そして、これは、持分会社の有限責任社員の共通規定として規定されているのである。

ところが、この規定は、合同会社の特則により排除されてしまうのである。この規定の作り方の分かりにくさを問題とすることは、ここでは止めておこう。分かりにくさの問題は、この点のみに止まるものではないからである。具体的には、会社法628条から規定されている。すなわち、合同会社の利益配当については、資本維持の原則が正面から適用され、配当可能利益がなければ配当はできない（会社法628条前段）。そして、違法配当がなされた場合には、もちろん、不当利得関係となり、社員は違法配当額の返還債務を負うことになる（民法703条、704条）。そして、会社債権者は、社員に対して、支配請求をすることが認められてはいるとともに（会社法630条2項）、直接責

任を定めた623条2項の規定については、その適用を排除している（会社法630条3項）。

この規定をみると、合同会社の社員の責任は、間接有限責任であると理解できそうである。現に、立法担当者の正式コメントにおいても、間接有限責任と明言している。⁽³⁰⁾確かに、これまでの条文の作り方を見る限り、間接有限責任に一見は見える。

しかし、宍戸教授は、「結果としての間接有限責任」と本文で述べていながら、その注において、以下のように述べられている。すなわち、「例外的に、払込みが無効ないし取り消された場合は、合同会社の社員も、合資会社の有限責任社員並びで、直接責任を負うと解される」。⁽³¹⁾また、そこで引用されている他誌特集号でも、同様の見解が述べられている。⁽³²⁾

会社法580条1項は、持分会社の社員の責任の直接責任性を定める。そして、この規定は、合同会社においても、排除されていない。もちろん、全額払込主義の特則があることから（会社法578条）、会社法580条2項により、結果として無責任となるだけであり、間接となるわけではない。この違法配当規定に関する条文の作り方を見る限り、確かに、立法担当官は、間接責任の意識を持っていたことも伺われなくもない。しかし、そうであるとしたなら、合同会社の社員については、580条自体の適用を排除すべきであったと考えられる。このことから、出来上がった条文を前提に、責任関係規定を紐解く限り、合同会社の社員の責任は、直接責任である。例え、事実上は、例外的にしか、その直接性を顕在化させないとしても、責任の性質はと問われれば、直接責任であると答えざるを得ない。この答えを拒もうとするのであれば、それは条文の不出来と言わざるを得ない。そもそもが、持分会社の共通規定として、条文化したことに無理があったとも言わざるを得ない。

（３）資本金はゼロ円？！

最低資本金制度の廃止により、ベンチャー育成法同様に、１円での株式会社設立が可能となった。このことは、同時に、資本金減少により、資本金額を１円とすることもできるということを意味する。

しかし、ここにとどまらず、資本金は０円でもよいという主張がなされている。⁽³³⁾すなわち、マイナスにならない限度でということであり、ゼロでもかまわないとするのである。

もちろん、会社法を前提として幾つかのテキストでは、当然の如く、資本金額を１円まで減少できとしているにとどまり、⁽³⁴⁾０円と書いているものは見受けられない。

資本減少による資本金額０円を押し進めると、設立時でも資本金は０円でいいとさえ言えそうであるが、これでは払込がなく、引受価額も０円であり、残高証明も０円とすることなどは考えられない。さすがに、設立に関しては資本金０円という表現はみられない。⁽³⁵⁾

確かに、資本金は現実の財産の存在を示すものではなく、会社債権者保護機能を十分に果たす制度ではないが、設立時の財産的基礎の確保のためには、資本金により支えられる現実の出資・財産をきちんと持たせることが、有限責任の前提ではないのか。資本金１円で設立し、事業資金は借入し、それには貸主である金融機関が個人保証と個人資産への抵当権の設定で、我が身のみを守り、一般債権者は有限責任の壁の前に、損失を被るという構造を助長させることになるのではないだろうか。そういう意味では、資本金規制でも、純資産規制でも、どちらでもかまわないが、会社設立時に一定の財産を保有させる制度を存続させるべきであったと考える。

実際には、建設業では例えば500万円とか4000万円とかの資本金規制が業法規制として働いていたりしているということから、業法規制に資本金額規制は任せて、(株式)会社法は、抽象的な有限責任営利法人法としての意味しかもたないものとして位置づけているのであろうか。閉鎖的株式会社と有限会社を一体化させて、公開会社法と区別する方法と、今回の会社法のように有限会社を株式会社に組み込んで一体化させる方法と、どちらがベターであるのか。今、後者の方法の会社法が目前に現れて、無理があるということを強く感じる。

このような資本金制度を無機能呼ばわりする考え方は、⁽³⁶⁾「特別解説」にも現れている。しかし、それに替わる制度が、300万円の純資産規制だとすれば、それは、余りにも規制の意味を持たないといえるのではないだろうか。有限責任を享受すべき最低の前提条件というものを、純資産規制という姿でも、もうすこしきちんと示すべきではなかったのだろうか。

(4) 会社の目的

登記商号に関する排斥的法規制を廃止したことにより、会社の定款所定の目的に関する記載に付き、現在パブリック・コメントが行われている。具体的には、「会社法施行後においては、会社の目的の具体性を問わないものとする。そもそも、現行法上も、会社の権利能力を決する「目的の範囲内の行為」という基準は、定款に明示された目的自体に限られるものではなく、その目的を遂行する上で直接又は間接に必要な行為であればすべてこれに含まれると解されており会社の目的を細分化する必要は存しない。そして、会社法では類似商号規制が廃止され、会社の目的の具体性を必要とする主要な根拠の1つがなくなるとともに、仮に、具体性がない目的が定款に定められ、登記簿により公示されることに伴う不利益(会社の具体的な事業内容が明らかでないこと、取締役の目的外行為の差止請求が困難になること等)があったとしても、これは当該会社の構成員や当該会社を取引相手とした債権者その他の利害関係人が自ら負担すべきものと解することで足りるためである。」⁽³⁷⁾という方針である。

しかし、このことは、対外的取引に関する定款所定の目的の権利能力制限的機能と、株主が業務執行行為を差し止める前提となっている定款目的所定機能という全く次元が異なるものを、自己責任の原則的な無理矢理の論理で、「こと足りる」としているに過ぎない。

定款目的を「営利行為」とか、「商取引」でよいという方針を採るのであるならば、株主たちに無用の幻想を与えないように、会社法360条1項から「株式会社の目的の範囲外の行為」という文言を削除すべきである。そうでなければ死文化する。また、取締役・執行役の競業取引規制に関しても、「営利行為」とか「商取引」という定款目的では、事業の部類に属する取引の判定が極めて困難となり、広汎な規制となってしまうおそれがある。もちろん、実際に行われている事業内容が基準とはなるのであるが。

パブリック・コメントで否定的に紹介されている「日本標準産業分類」の大分類や中分類を最低の具体性基準とすべきものとする。

- (24) 神田秀樹『会社法 [第7版] (法律学講座双書)』[弘文堂、2005年] 248頁。
- (25) 弥永真生『リーガルマインド会社法 [第9版]』[有斐閣、2005年] 462頁～463頁。
- (26) 宮島司『新会社法エッセンス [弘文堂、2005年]』320頁。
- (27) 相澤哲＝岩崎友彦「新会社法の解説 (10) 株式会社の計算等」商事法務1746号26頁以下。
- (28) 相澤＝岩崎・前掲注 (27) 39頁上段～中段。
- (29) 相澤＝岩崎・前掲注 (27) 39頁中段。
- (30) 相澤哲＝郡谷大輔「新会社法の解説 (12) 持分会社」商事法務1748号15頁3段目。
- (31) 穴戸善一「持分会社」(特集 新会社法の制定) ジュリスト1295号112頁注6。
- (32) 穴戸善一＝黒沼悦郎「対談 機関関係」『新「会社法」詳解』[中央経済社、2005年] 80頁。
- (33) 相澤哲＝岩崎友彦「新会社法の解説 (10) 株式会社の計算等」商事法務1746号32頁。
- (34) 弥永・前掲注 (25) 23頁。
- (35) 相澤哲＝岩崎友彦「新会社法の解説 (2) 会社法総則・株式会社の設立」商事法務1738号8頁～9頁。
- (36) 郡谷大輔＝岩崎友彦「新会社法の特別解説 会社法における債権者保護 [上]」商事法務1746号42頁～、「[下]」商事法務1747号19頁～。
- (37) <http://www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI65/refer01.pdf>